

ECLI:NL:GHDHA:2017:2894

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-09-2017
Datum publicatie	13-10-2017
Zaaknummer	200.192.542/01
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2018:2371, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Verwijzing na Hoge Raad
Inhoudsindicatie	Bepalingen in opeenvolgende versies van de erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam (onder andere met betrekking tot de canonherziening) onredelijk bezwarend? Betekenis van de bepaling dat de gemeente de erfpachtvoorwaarden mag wijzigen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/5328 NJF 2017/467

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.192.542/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 449296/HA ZA 10-284

arrest van 19 september 2017

inzake

1 STICHTING ERFPACHTERS BELANG AMSTERDAM,

gevestigd te Amsterdam,

hierna ook te noemen: Seba,

2 [appellant 2] ,

wonende te Amsterdam,
hierna ook te noemen: [appellant 2] ,

3 [appellant 3] ,

wonende te Amsterdam,
hierna ook te noemen: [appellant 3] ,

4 [appellant 4] ,

wonende te Amsterdam,
hierna ook te noemen: [appellant 4] ,

5 [appellant 5] ,

wonende te Amsterdam,
hierna ook te noemen: [appellant 5] ,

appellanten,
hierna te noemen: Seba c.s.,
appellanten 2 tot en met 5 hierna ook wel aan te duiden als: de Erfpachters,
advocaat: mr. L.E. de Geer te Amsterdam,

tegen

DE GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Gemeente,
advocaat: mr. F.E. Vermeulen te Amsterdam.

Het geding

Bij arrest van 29 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:769) heeft de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 september 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:3903), gewezen tussen Seba

c.s. als appellanten en de Gemeente als geïntimeerde, vernietigd in zowel het door Seba c.s. als het door de Gemeente ingestelde cassatieberoep, en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar dit hof. Nadat de zaak bij het hof was aangebracht hebben beide partijen een memorie na verwijzing genomen. Op 20 maart 2017 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten door hun advocaten, de Gemeente mede door mr. B.F.L.M. Schim, advocaat te Amsterdam. Ten slotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep na verwijzing

- 1.1 Het hof Amsterdam is, in cassatie onbestreden, uitgegaan van de feiten die de rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 5 juni 2013 had vastgesteld onder 2.1 tot en met 2.14. Het hof zal daarom eveneens van deze feiten uitgaan. Het gaat in dit stadium van het geding nog om het volgende.
- 1.2 Seba, die in dit geding optreedt op basis van art. 3:305a BW, is een stichting die zich ten doel stelt de belangen te behartigen van erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven terreinen. De Erfpachters zijn erfpachter van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven onroerende zaken.
- 1.3 Op de door de Gemeente in erfpacht uitgegeven onroerende zaken zijn bij uitgifte opeenvolgende versies van de 'Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht' (AB) van toepassing verklaard. In dit geding gaat het om de Algemene Bepalingen van 1915, 1934, 1937, 1966, 1994 en 2000 (hierna: AB15, AB34, AB37, AB66, AB94 en AB00).
- 1.4. Seba c.s. hebben met name bezwaar tegen de wijze waarop in die bepalingen de canonherziening is geregeld. Daarnaast hebben Seba c.s. bezwaar tegen een aantal andere bepalingen uit de AB, alsmede tegen de uitleg die de Gemeente aan enkele van die bepalingen geeft. Zij vorderen in verband daarmee een aantal verklaringen voor recht, vernietiging van bepaalde voorwaarden als zijnde onredelijk bezwarend, alsmede vernietiging van de deskundigenrapporten die de canon van de Erfpachters opnieuw hebben vastgesteld.
- 1.5 De rechtbank heeft in haar vonnis van 5 juni 2013 de deskundigenrapporten (bindende adviezen) die ten aanzien van de Erfpachters waren uitgebracht vernietigd, maar de overige vorderingen afgewezen. De vernietiging van deze bindende adviezen speelt in dit stadium van het geding geen rol meer.
- 1.6 In het door Seba c.s. ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof hof Amsterdam:
 - (i) in de zaak van de Erfpachters ambtshalve de leden 1 van de artikelen 5 AB15, 6 AB34 en 6 AB37 vernietigd, omdat het van oordeel was dat de daarin voorziene bevoegdheid van de Gemeenteraad om de Algemene Bepalingen te herzien strijdig is met het bepaalde onder sub j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG (hierna: de Richtlijn);
 - (ii) de zaak verwezen naar het gerechtshof Den Haag voor de beoordeling van vorderingen D onder b en E onder I en II van Seba, omdat het van oordeel was dat het hierbij gaat om vorderingen als bedoeld in art. 6:240 BW, ten aanzien waarvan uitsluitend het gerechtshof Den Haag bevoegd is;
 - (iii) het rechtbankvonnis voor het overige bekrachtigd en hetgeen de Erfpachters in hoger beroep meer of anders hebben gevorderd afgewezen;
 - (iv) de proceskosten tussen de Erfpachters en de Gemeente gecompenseerd;

(v) de proceskosten tussen Seba en de Gemeente gereserveerd.

1.7 Zowel de Gemeente als Seba c.s. hebben tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft in beide cassatieberoepen het arrest van het hof Amsterdam vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar dit hof verwezen. In het door Seba c.s. ingestelde cassatieberoep heeft de Hoge Raad de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie gereserveerd tot de einduitspraak. In het door de Gemeente ingestelde cassatieberoep heeft de Hoge Raad Seba c.s. in de kosten veroordeeld.

In het door Seba c.s. ingestelde cassatieberoep heeft de Hoge Raad alleen middel 8 gegrond bevonden, waarmee Seba c.s. opkwamen tegen het oordeel van het gerechtshof Amsterdam dat Seba's vordering E onder I en II verwezen moet worden naar het gerechtshof Den Haag. Volgens de Hoge Raad staat art. 6:241 lid 1 BW niet in de weg aan de door Seba op grond van art. 3:305a BW ingestelde vordering voor recht te verklaren dat bedingen uit de AB15, AB34, AB37 en AB00 onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn.

In het door de Gemeente ingestelde cassatieberoep heeft de Hoge Raad het volgende beslist:

(a) de Richtlijn is niet van toepassing is op erfpachten die gevestigd zijn vóór 31 december 1994 (en waarop de AB15, AB34 en AB37 van toepassing zijn);

(b) het feit dat het hier aan de orde zijnde beding (tot eenzijdige wijziging van de algemene bepalingen) op de indicatieve lijst bij de Richtlijn staat, betekent nog niet zonder meer dat dit beding onredelijk bezwarend is; volgens de Hoge Raad valt, gelet op een aantal in zijn arrest onder 5.1.6 genoemde aspecten, niet in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn;

(c) het gerechtshof Amsterdam heeft ten onrechte nagelaten partijen gelegenheid te geven om zich uit te laten over de mogelijke ambtshalve toepassing van richtlijn 93/13/EEG;

(d) het gerechtshof Amsterdam heeft miskend dat de rechtbank in appel onbestreden had vastgesteld dat [appellant 3] er ter gelegenheid van een splitsing in appartementsrechten mee had ingestemd dat in haar geval de AB00 gelden.

2.1 Het hof zal allereerst nagaan welke geschilpunten na cassatie nog aan de orde zijn.

2.2 Het gerechtshof Amsterdam heeft de beoordeling van vordering D onder b van Seba verwezen naar dit hof. Hiertegen is geen cassatieberoep ingesteld. Het hof zal deze vordering dan ook alsnog, op basis van deze verwijzing van het gerechtshof Amsterdam, beoordelen. Het gaat bij deze vordering kort gezegd om de stelling van Seba dat de artikelen 3 AB66, 12 AB94 en 11 AB00 onredelijk bezwarend zijn en kunnen worden vernietigd door de desbetreffende erfpachters, omdat deze bepalingen in strijd zijn met art. 6:236 aanhef en onder n BW.

2.3 De Hoge Raad heeft het ambtshalve oordeel van het gerechtshof Amsterdam ten aanzien van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid (hiervoor onder 1.6 (i) genoemd) vernietigd. De Hoge Raad overwoog dat de in het arrest Heesakker/Voets bedoelde (verplichte) richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 BW, die eventueel ambtshalve moet plaatsvinden, is beperkt tot overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten. Daarbij gaat het volgens de Hoge Raad om het tijdstip waarop de voorwaarden door de Gemeente zijn bedongen. Dit oordeel van de Hoge Raad brengt mee dat de bepalingen uit de AB15, AB34, AB37 en AB66 niet ambtshalve mogen worden getoetst en dat nader onderzoek op dit punt achterwege kan blijven. Weliswaar kan ambtshalve toetsing in beginsel wel plaatsvinden ten aanzien van algemene voorwaarden die na 31 december 1994 zijn overeengekomen, hetgeen met de AB00 (in welke voorwaarden de herzieningsbevoegdheid is opgenomen in art. 1 lid 2) noodzakelijkerwijs het geval is, maar nu het gerechtshof Amsterdam deze toetsing niet heeft verricht en Seba c.s. daartegen niet in cassatie zijn opgekomen, staat het

het hof niet vrij alsnog een dergelijke toetsing te verrichten. Seba c.s. hebben ten aanzien van art. 1 lid 2 AB00 ook geen vordering ingesteld, zodat het gerechtshof Amsterdam buiten de rechtsstrijd zou zijn getreden indien het deze bepaling toch aan de Richtlijn zou hebben getoetst. Het feit dat in het cassatieberoep van de Gemeente is uitgemaakt dat op het erfpachtrecht van [appellant 3] de AB00 van toepassing zijn maakt dat niet anders. Zelfs echter als het hof wel gehouden zou zijn art. 1 lid 2 AB00 ambtshalve te toetsen aan de Richtlijn baat dat [appellant 3] niet omdat, zoals volgt uit hetgeen het hof hierna overweegt ten aanzien van de herzieningsbevoegdheid in de andere ABen, een dergelijk wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend is.

- 2.4 Anders dan [appellant 3] voorts meent dient het hof niet alsnog te beslissen op haar vordering tot vernietiging van art. 11 AB00, waarin de wijziging van de canon is geregeld. Haar stelling dat het gerechtshof Amsterdam ten onrechte heeft nagelaten om (eventueel ambtshalve) op die in de memorie van grieven (maar niet in het petitum) geformuleerde eis te beslissen, heeft zij in cassatie niet aan de orde gesteld. Die vordering maakt dus geen deel uit van het geding na verwijzing. Voor zover [appellant 3] beoogt een dergelijke vordering alsnog bij memorie na verwijzing in te stellen, maakt de Gemeente daar terecht bezwaar tegen. Een dergelijke vermeerdering van eis is na verwijzing en cassatie niet mogelijk en overigens ook in strijd met de twee conclusieregel. Ten overvloede merkt het hof op dat ook indien dat anders zou zijn, het betoog van [appellant 3] strandt op hetgeen het hof hierna overweegt, waaruit volgt dat een dergelijk wijzigingsbeding ten aanzien van de canon niet onredelijk bezwarend is. Hetgeen het hof daartoe overweegt is ook van toepassing op art. 11 AB00.
- 2.5 Het voorgaande neemt niet weg dat, met de vernietiging door de Hoge Raad van het oordeel van het gerechtshof Amsterdam over de ambtshalve toetsing aan onderdeel j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn, het hof opnieuw zal moeten beslissen op de vorderingen van de Erfpachters onder A, B en C sub II, die alle zien op de bevoegdheid van de Gemeente om de algemene bepalingen te herzien. Het hof zal dat doen tezamen met de behandeling van de vorderingen van Seba die betrekking hebben op hetzelfde onderwerp (hierna onder 4.10 e.v.).
- 2.6 Vordering E onder I en II van de Erfpachters heeft het gerechtshof Amsterdam afgewezen en daartegen is in cassatie niet opgekomen. Wel zal het hof alsnog de vorderingen van Seba in E onder I en II moeten beoordelen. Daarbij moet worden aangetekend dat inhoudelijk al op een aantal van de daarin aan de orde komende geschilpunten is beslist, hetzij in het arrest van het gerechtshof Amsterdam (voor zover in cassatie niet of tevergeefs bestreden) hetzij in het arrest van de Hoge Raad (zie ook het arrest van de Hoge Raad onder 4.6.4). Bovendien moet het hof zich bij de beoordeling van deze vorderingen beperken tot de gronden die Seba daartoe vóór het arrest van het gerechtshof Amsterdam heeft aangevoerd. Gronden die Seba eerst na cassatie aan deze vorderingen ten grondslag wil leggen behoren buiten beschouwing te blijven. Een dergelijke vermeerdering van (de grondslag van de) eis is na cassatie en verwijzing niet toegestaan, en ook overigens in strijd met de twee-conclusieregel, die ook van toepassing is op een eisvermeerdering in appel.

De vordering D onder b van Seba

- 3.1 Deze vordering houdt in dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart dat art. 3 AB66, art. 12 AB94 en art. 11 AB00 onredelijk bezwarend zijn en door de erfpachter van het erfpachtrecht waarop deze bepalingen van toepassing zijn kunnen worden vernietigd. Volgens Seba, die deze vordering heeft toegelicht in grief 4, is bij deze canonherziening sprake van geschilbeslechting, zodat de bewuste bepalingen in strijd zijn met art. 6:236 aanhef en onder n BW. De Gemeente bestrijdt dat van geschilbeslechting sprake is.
- 3.2 Art. 6:236 aanhef en onder n BW bepaalt, dat als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het

beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

3.3 Art. 3 lid 7 AB66 luidt voor zover van belang als volgt:

“De herziening van de canons geschiedt, indien daaromtrent tussen partijen geen overeenstemming is verkregen, door deskundigen (...).”

Art. 3 lid 8 AB66 luidt voor zover van belang als volgt:

“De nieuwe canons worden, indien tussen partijen geen overeenstemming is verkregen, (...) vastgesteld op het door deskundigen bepaalde bedrag.”

3.4 Het hof is van oordeel dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd, dat de herziening van de canon wordt overgelaten aan deskundigen, tenzij de erfpachter en de Gemeente vooraf overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van de nieuwe canon. Hier doet zich het geval voor dat de invulling van een deel van de verplichtingen van partijen vooraf aan een derde is overgelaten. Er is dus geen sprake van geschilbeslechting. Dat in dit geval geen geschilbeslechting is beoogd blijkt ook wel uit het feit dat het woord ‘geschil’ in de bewuste bepaling niet wordt gebruikt. De woorden “indien daaromtrent tussen partijen geen overeenstemming is verkregen” moeten in dit verband zo worden begrepen, dat deze de uitdrukking vormen van de voor de hand liggende gedachte dat het onnodig is deskundigen in te schakelen indien partijen zelf de nieuwe canon hebben kunnen bepalen. Aldus bezien beslechten deskundigen geen geschil maar bepalen zij de canon die voortaan tussen partijen zal gelden.

3.5 In de artikelen 12 AB94 en 11 AB00 is bepaald dat de Gemeente de nieuwe canon vaststelt (art. 12 lid 1 respectievelijk art. 11 lid 1) en dat deskundigen deze vaststellen indien de erfpachter zich met die nieuwe canon niet kan verenigen (art. 12 lid 4 respectievelijk art. 11 lid 5). In zoverre is inderdaad sprake van geschilbeslechting. In art. 33 lid 2 AB 94 en art. 34 lid 2 AB00 is evenwel bepaald dat indien de Gemeente voornemens is een geschil ter beslissing voor te leggen aan deskundigen, Burgemeester en Wethouders de erfpachter schriftelijk van dit voornemen kennisgeven en de erfpachter gedurende een maand in de gelegenheid stellen voor geschilbeslechting door de bevoegde rechter te kiezen. Hiermee is voldaan aan het vereiste van art. 6:236 aanhef en onder n BW.

3.6 Het voorgaande betekent dat onderdeel D onder b van de vordering van Seba moet worden afgewezen.

De vorderingen E onder I en II

4.1 De afzonderlijke onderdelen van deze vorderingen zullen achtereenvolgens puntsgewijs worden besproken. Zoals aangekondigd zal vordering E.II onder a van Seba tezamen worden beoordeeld met vorderingen A, B en C onder II van de Erfpachters.

Vordering E.I onder a en b van Seba

4.2 Onder E.I onder a wordt gevorderd een verklaring voor recht dat art. 6 van AB15, AB34 en AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, nietig of vernietigbaar is, althans zakelijke werking mist. Onder E.I onder b wordt gevorderd een verklaring voor recht dat art. 6 van AB15, AB34 en AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, onvoldoende bepaalbaar is en/of in strijd met de formele rechtszekerheid. Bedoeld art. 6 houdt in alle drie de versies van de AB in dat de canon periodiek wordt herzien en dat deze door deskundigen wordt vastgesteld.

4.3 Ter ondersteuning van dit onderdeel van de vordering heeft Seba de volgende argumenten aangevoerd:

(i) in de akten van uitgifte is geen herzieningsmogelijkheid van de canon opgenomen;

(ii) de canon na de eerste termijn is onvoldoende bepaalbaar en in strijd met de formele rechtszekerheid;

(iii) bij het vaststellen van de hoogte van de nieuwe canon is sprake van een geschil in de zin van art. 6:236 aanhef en onder n BW;

(iv) de bepaling omtrent canonherziening is onredelijk bezwarend op grond van art. 6:237 onder c BW;

(v) de bepaling omtrent canonherziening is onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:233 aanhef en onder a BW.

4.4 Op argument (i) is beslist door de Hoge Raad naar aanleiding van cassatiemiddel 1 van Seba c.s. en op argument (ii) naar aanleiding van middel 2 eveneens van Seba c.s. Beide argumenten zijn daarbij ongegrond bevonden en daarmee afgedaan. Argument (iii) heeft het gerechtshof Amsterdam verworpen onder 2.6.1 van zijn arrest en het daartegen gerichte cassatiemiddel 3 van Seba c.s. heeft de Hoge Raad verworpen. Argument (iv) heeft het gerechtshof Amsterdam verworpen onder 2.6.2 ("De hoogte van de canon kan niet eenzijdig door de Gemeente [worden, hof] gewijzigd maar wordt overeenkomstig de Algemene Bepalingen gewijzigd op de wijze als onder 2.6.1 aan de orde is geweest. In zoverre slaagt het beroep van SEBA c.s. [op art. 6:237 sub c BW, hof] niet.") Tegen dit oordeel is Seba in cassatie niet opgekomen, zodat ook dit geschilpunt is afgedaan.

4.5 Wel zal het hof dienen te beslissen op de stelling van Seba c.s., dat de bepalingen omtrent canonherziening onredelijk bezwarend zijn op grond van de open norm van art. 6:233 aanhef en onder a BW. Seba c.s. hebben hun stelling op dit punt als volgt toegelicht (memorie van grieven 3.63): de canon kan worden vastgesteld op een wijze die voor de erfpachters niet voorzienbaar is en ook niet de meest objectieve en meest logische wijze is. Daar komt bij dat art. 6 AB-en zoals nu toegepast de kennelijke consequentie heeft dat tussen partijen geen overeenstemming over de redelijke canon kan worden bereikt en dat daardoor steeds weer opnieuw hoge kosten voor het vaststellen van die canon moeten worden gemaakt, aldus Seba c.s.

4.6 Bij de beoordeling van dit onderdeel van de vordering en grief 4, stelt het hof het volgende voorop. Het gaat in dit stadium van het geding alleen nog om de vordering van Seba als belangenorganisatie. Dit betekent dat de toetsing aan art. 6:233 aanhef en onder a BW moet plaatsvinden los van de concrete omstandigheden van een specifiek geval en dat, daarom, het hof slechts dan de gevorderde verklaring voor recht kan uitspreken indien voldoende aannemelijk is dat de bewuste bepalingen omtrent de canonherziening in alle gevallen, althans in de overgrote meerderheid daarvan, onredelijk bezwarend zijn. Het gevolg van een dergelijke verklaring voor recht zou immers zijn dat alle erfpachters van de Gemeente op die uitspraak een beroep kunnen doen en de bewuste voorwaarden kunnen vernietigen.

4.7 Het hof is van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de aangevochten bepalingen omtrent de canonherziening op voorhand en dus los van de omstandigheden van elk concreet geval onredelijk bezwarend zijn. Niet juist is allereerst dat de canon bij herziening wordt vastgesteld op een wijze die voor de erfpachters niet voorzienbaar is. Uit de voorwaarden blijkt duidelijk dat de canon bij gebreke van overeenstemming tussen partijen door deskundigen zal worden vastgesteld. Het hof verwijst in dit verband ook naar de overwegingen van het arrest van de Hoge Raad in deze zaak onder 4.2.2 en 4.2.3, waaruit blijkt dat vaststelling door deskundigen voldoet aan het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW en het formele rechtszekerheidsbeginsel van art. 3:14 BW. Ook staat tussen partijen vast dat de Algemene Bepalingen op dit punt zo moeten worden uitgelegd, dat deskundigen aan de hand van de actuele (markt)waarde van de grond op redelijke

gronden tot de herziene canon dienen te komen (arrest Hoge Raad onder 4.2.3). Dat dit niet de meest objectieve en meest logische wijze zou zijn maakt dit niet anders en is onvoldoende om deze methode respectievelijk de bij de herziening aan te leggen maatstaven als onredelijk bezwarend aan te merken. Het advies van deskundigen kan bovendien in voorkomend geval op grond van art. 7:904 lid 1 BW worden aangetast. Daarbij neemt het hof ook in aanmerking dat het gerechtshof Amsterdam heeft overwogen (onder 2.7.1) dat het niet tegemoet kan komen aan de wens van Seba c.s. om vast te stellen dat de canonherzieningen moeten plaatsvinden naar de maatstaf die Seba c.s. in dit geding hebben verdedigd. Voor zover Seba c.s. al tegen dit oordeel zijn opgekomen met middel 5 is dat tevergeefs geweest. Ten slotte is het hof van oordeel dat niet valt in te zien waarom art. 6 AB als consequentie zou hebben dat geen overeenstemming over de redelijke canon kan worden bereikt. Die stelling is ook in het geheel niet onderbouwd.

4.8 De slotsom is dat grief 4 in zoverre ongegrond is en dat de vorderingen E.I onder a en b niet kunnen worden toegewezen.

Vordering E.I onder c van Seba

4.9 Onder E.I onder c wordt gevorderd te verklaren voor recht dat de deskundigenrapporten die zijn opgesteld conform de richtlijn van de MVA (Makelaarsvereniging Amsterdam), althans op de wijze zoals die nu gebruikelijk is, nietig of vernietigbaar zijn. De grief waarin deze vordering aan de orde werd gesteld heeft het hof verworpen onder 2.7.1 van zijn arrest. Dit oordeel is door middel 5 van Seba c.s. tevergeefs in cassatie bestreden. Dit geschilpunt is dus reeds afgedaan met het arrest van de Hoge Raad en vormt geen onderdeel meer van de rechtsstrijd na verwijzing.

Vordering E.II onder a van Seba en A, B en C onder II van de Erfpachters

4.10 Onder E.II onder a wordt gevorderd te verklaren voor recht dat art. 5 van de AB15 en art. 6 van de AB34 en de AB37, voor zover deze zien op wijziging van de algemene bepalingen, onredelijk bezwarend zijn en daarmee nietig of vernietigbaar. Zoals hiervoor (onder 2.5) aangekondigd zal het hof deze vordering tegelijk behandelen met de vordering van de Erfpachters onder A, B en C sub II die dezelfde strekking hebben.

4.11 In art. 5 AB15 is bepaald dat de algemene bepalingen te allen tijde kunnen worden herzien door de Gemeenteraad, welke wijzigingen bouwbloksgewijs in werking treden en wel voor de eerste maal op het tijdstip waarop een termijn van 75 jaar is verlopen sinds het eerste terrein van dat bouwblok in erfpacht werd uitgegeven, en vervolgens telkens na 50 jaar. In de AB34 en de AB37 bevat art. 6 een vergelijkbare regeling.

4.12 Seba c.s. hebben zich ter onderbouwing van deze vorderingen beroepen op art. 6:237 aanhef en sub c BW, alsmede op onderdeel j van de indicatieve lijst van de Richtlijn, in combinatie met art. 6:233 aanhef en onder a BW. Het hof zal thans deze vorderingen alsnog behandelen, waarbij het er van uitgaat dat Seba c.s. bedoelen dat de wijzigingsbevoegdheid moet worden getoetst aan art. 6:233 aanhef en onder a BW, waarbij de algemene norm van die bepaling wordt ingevuld met behulp van de indicatieve lijst onder j. Daarbij merkt het hof op dat de omstandigheid dat het gerechtshof Amsterdam ambtshalve heeft getoetst aan de indicatieve lijst onder j van de Richtlijn, welk oordeel door de Hoge Raad is vernietigd, niet wegneemt dat het hof alsnog op het beroep van Seba c.s. op 6:233 aanhef en onder a BW moet ingaan.

4.13 Het beroep van Seba c.s. op art. 6:237 aanhef en sub c BW gaat niet op. Niets in art. 5 AB en art. 6 AB34/37 verleent aan de Gemeente de bevoegdheid een prestatie te verschaffen die wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Deze bepalingen bevatten met name geen grondslag voor de Gemeente om het gebruik dat een erfpachter kan maken van de onroerende zaak *wezenlijk* te beperken. Ook verlenen deze bepalingen niet de bevoegdheid om de voorwaarden waaronder de prestatie van de Gemeente wordt verleend zo ingrijpend te wijzigen dat de door de Gemeente geleverde prestatie wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Het kennelijke doel van de hier aan de orde zijnde wijzigingsbevoegdheid is immers slechts om de algemene bepalingen na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten

(vergelijk het arrest van de Hoge Raad onder 5.1.6).

- 4.14 Ook het beroep op art. 6:233 aanhef en onder a BW en het in dat verband gedane beroep op de indicatieve lijst onder j van de Richtlijn faalt. In de eerste plaats is een bepaling in algemene voorwaarden die de gebruiker het recht geeft deze voorwaarden te wijzigen op zichzelf niet onredelijk bezwarend. Een dergelijk beding komt ook niet voor op de lijsten van art. 6:236 of art. 6:237 BW. Dit betekent dat het aan Seba c.s. is feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die tot de conclusie nopen dat een dergelijk beding wel onredelijk bezwarend is. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad (rechtsoverweging 5.1.6 van zijn arrest in deze zaak) voor het zich hier concreet voordoende geval, namelijk een wijzigingsbevoegdheid van de Gemeente als erfverpachter, overwogen dat onder de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden – het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid (aanpassing aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten), de wijzigingsbevoegdheid wordt uitgeoefend door de gemeenteraad, een democratisch gekozen orgaan, de vaststelling en toepassing van de voorwaarden moet voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond in erfpacht heeft uitgegeven – niet valt in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding onredelijk bezwarend zou zijn.
- 4.15 Tegen deze achtergrond hebben Seba c.s. onvoldoende aangevoerd om de conclusie te kunnen trekken dat het aangevochten beding onredelijk bezwarend is. Weliswaar hebben Seba c.s. aangevoerd dat de Gemeente in een aantal gevallen wijzigingen heeft doorgevoerd waarbij volgens Seba c.s. de belangen van de erfpachters te zeer zijn veronachtzaamd, maar wat daar ook van zij, dit kan niet tot de conclusie leiden dat het wijzigingsbeding op zichzelf en in alle gevallen onredelijk bezwarend is. Grief 8 faalt. De door de Erfpachters onder A, B en C sub II gevorderde vernietiging en de door Seba c.s. onder E.II onder a gevorderde verklaring voor recht zijn niet toewijsbaar.

Vordering E.II onder b van Seba

- 4.16 Onder E.II onder b vordert Seba een verklaring voor recht dat art. 5 AB15 en art. 6 AB34/37 niet toelaten dat de Gemeente geheel nieuwe algemene voorwaarden van toepassing verklaart. Volgens Seba blijkt uit het gebruik van de term "herzien" dat het niet is toegestaan geheel nieuwe algemene voorwaarden vast te stellen. Dit betoog faalt. Uit de genoemde bepalingen blijkt de door Seba bedoelde beperking niet. "Herziening" kan immers ook betekenen dat elke bepaling van de algemene voorwaarden wordt gewijzigd. Het resultaat kan dan zijn dat 'nieuwe' algemene voorwaarden zijn ontstaan. Een uitleg als door Seba verdedigd ligt ook niet voor de hand. Indien, zoals hier tot uitgangspunt moet dienen (zie hiervoor onder 4.13), het kennelijke doel van de hier aan de orde zijnde wijzigingsbevoegdheid is om de algemene bepalingen na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, valt niet goed in te zien waarom een dergelijke aanpassing er niet in zou kunnen resulteren dat volledig nieuwe voorwaarden tot stand komen. Ten slotte zou aanvaarding van de door Seba verdedigde uitleg onhanteerbaar zijn, aangezien in dat geval steeds debat zou kunnen ontstaan over de vraag wanneer een herziening van de algemene voorwaarden resulteert in volledig nieuwe voorwaarden en wanneer niet. Een objectieve lezer van de bewuste bepalingen kan niet hebben begrepen dat dat de bedoeling zou zijn.
- 4.17 Grief 9 faalt in zoverre. Dit onderdeel van de vordering is niet toewijsbaar.

Vordering E.II onder c van Seba

- 4.18 Onder E.II onder c vordert Seba een verklaring voor recht dat art. 25 AB34 en art. 26 AB37 slechts wijziging van de algemene bepalingen toelaat in overeenstemming tussen partijen en met instemming van de hypotheekhouder. Seba beroept zich hiertoe op het feit dat in de artikelen 25 sub d AB34 en 26 sub d AB37 het volgende is bepaald:

Slechts bij onderlinge overeenstemming tussen Gemeente en erfpachter, alsmede den eerste hypotheekhouder, waarvan schriftelijk moet blijken, zal:

(....)

d. een wijziging kunnen worden gebracht in de algemene en de bijzondere bepalingen, welke bij de eerste uitgifte onderscheidenlijk toepasselijk zijn verklaard en gesteld.

Volgens Seba (in haar toelichting op grief 10) is uit deze tekst niets anders op te maken dan dat slechts bij onderlinge overeenstemming wijzigingen kunnen worden gebracht in de algemene bepalingen.

4.19 Het hof is van oordeel dat de rechtbank dit betoog van Seba terecht heeft verworpen. Tegen de uitleg die Seba voorstaat pleit dat indien deze zou worden aanvaard, de wijzigingsbevoegdheid van de gemeenteraad die is voorzien in art. 6 lid 1 AB34/37 en die duidelijk uitgaat van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid, betekenisloos zou zijn. Een dergelijke uitleg kan slechts worden aanvaard indien de tekst van de artikelen 25 AB34 en 26 AB37, bezien in de context van de overige algemene bepalingen, bepaald tot die uitleg zou dwingen. Dat is echter geenszins het geval. Voor de hand ligt veeleer dat deze bepalingen het oog hebben op wijzigingen die in onderling overleg tot stand komen tussen de Gemeente en een individuele erfpachter. Dat de bewuste bepalingen zien op een andere situatie dan de wijzigingsbevoegdheid van art. 6 blijkt ook wel uit het feit dat in art. 6 lid 1 de Gemeenteraad bevoegd is verklaard de algemene bepalingen te wijzigen, terwijl de artikelen 25 en 26 de *Gemeente* bevoegd verklaren op individuele basis met een erfpachter tot overeenstemming te komen, hetgeen betekent dat Burgemeester en Wethouders daartoe kunnen besluiten.

4.20 Grief 10 faalt. Dit onderdeel van de vordering is niet toewijsbaar.

Vordering E.II onder d van Seba

4.21 Seba vordert onder E.II onder d een verklaring voor recht dat art. 5 AB15, art. 6 AB34 en art. 6 AB37 geen eenzijdige wijziging van kernbedingen toelaat, waarbij als kernbedingen te beschouwen zijn de artikelen 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 22, 24, 26, 28 en 33 AB94 alsmede de artikelen 5, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 19, 22, 23, 25, 26, 29 en 34 AB00, althans een of enkele daarvan. Deze vordering ziet op een betoog van Seba, dat de rechtbank onder 4.37 van haar vonnis heeft verworpen. Voor zover Seba al tegen deze overweging beoogt op te komen in grief 9, faalt deze. In de wijzigingsbepalingen van art. 5 AB15 en art. 6 AB34/37 valt geen beperking te lezen in die zin, dat slechts niet-kernbedingen zouden mogen worden gewijzigd. Een dergelijke uitleg van deze bepalingen zou ook onhanteerbaar zijn, nu daarin niet gedefinieerd is wat als 'kernbeding' moet worden beschouwd en daarover dus steeds meningsverschil zou kunnen ontstaan. Dit laatste wordt geïllustreerd door de onderhavige vordering, waaruit blijkt dat Seba zich op het standpunt stelt dat het merendeel van de algemene bepalingen 'kernbedingen' bevat die dus niet gewijzigd zouden mogen worden. Uit art. 6:231 BW volgt niet iets anders, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. Het betoog van Seba loopt hierop stuk.

4.22 Grief 9 faalt in zoverre, zodat dit onderdeel van de vordering moet worden afgewezen.

Vordering E.II onder e van Seba

4.23 Seba vordert onder E.II onder e de artikelen 25 en 29 AB15, de artikelen 26 en 30 AB34, de artikelen 27 en 31 AB37, de artikelen 20, 26, 28 en 33 AB94 en de artikelen 19, 26, 29 en 34 AB00 te vernietigen. Seba voert daartoe aan dat deze bepalingen onredelijk bezwarend zijn. Met grief 11 klaagt Seba erover dat de rechtbank deze vorderingen ongemotiveerd heeft afgewezen en zij verwijst voor de onderbouwing van haar vordering naar de inleidende dagvaarding en de conclusie van repliek. Seba voert terecht aan dat de rechtbank zonder motivering aan deze vordering voorbij is gegaan. Grief 11 slaagt in zoverre. Het hof zal dan ook de vordering aan de hand van de in eerste aanleg gegeven onderbouwing, alsmede het daartegen in eerste aanleg gevoerde verweer van de Gemeente, beoordelen.

Art. 25 lid 7 AB15, art. 26 lid 6 AB34, art. 27 lid 6 AB37, art. 33 lid 3 sub d AB94 en art. 34 lid 3 sub d AB00

- 4.24 Volgens Seba zijn deze bepalingen onredelijk bezwarend, omdat op grond daarvan de deskundigen eenzijdig door de Gemeente kunnen worden aangewezen indien een adequate reactie van de erfpachter uitblijft. Seba beroept zich in dit verband op art. 6:233 aanhef en onder a BW en zij voert aan dat als een erfpachter bijvoorbeeld niet tijdig reageert door vakantie, de Gemeente haar eigen deskundigen de hoogte van de canon kan laten bepalen en het 'daarmee zelf in de hand [heeft] hoe hoog die canon wordt'.
- 4.25 De bedoelde bepalingen houden in dat de Gemeente de erfpachter schriftelijk in kennis stelt van haar wens om deskundigen te benoemen en dat indien partijen niet binnen een maand na dagtekening van deze in kennisstelling tot overeenstemming over de aanwijzing van deskundigen kunnen raken, ieder der partijen binnen zes weken na die dagtekening een deskundige moet aanwijzen. Indien de erfpachter niet binnen die termijn van zes weken een deskundige heeft aangewezen kan de gemeenteraad deze benoemen (in de AB00 vindt de aanwijzing plaats op een door Burgemeester en Wethouders te bepalen wijze).
- 4.26 Het hof is van oordeel dat de termijn van zes weken niet zodanig kort is dat de desbetreffende bepaling reeds om die reden en onafhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval onredelijk bezwarend is. Dat omstandigheden denkbaar zijn waaronder de bewuste termijn te kort kan zijn is onvoldoende grond om thans in algemene zin de vernietiging van deze bepalingen uit te spreken. De erfpachter zal in voorkomend geval alsnog de nietigheid van die bepaling kunnen invoeren. Daar komt bij dat Burgemeester en Wethouders hebben besloten dat met ingang vanaf 1 januari 2001 de deskundige namens de erfpachter wordt benoemd door de President van de rechtbank Amsterdam, indien de erfpachter niet tijdig heeft gereageerd.

Art. 29 AB15, art. 30 AB34, art. 31 AB37, art. 28 AB94 en art. 29 AB00

- 4.27 Seba stelt zich op het standpunt dat de boete die de Gemeente ingevolge deze bepalingen kan opleggen onevenredig hoog en daarom op grond van art. 6:233 BW en onderdeel e van de indicatieve lijst bij de Richtlijn onredelijk bezwarend is. Daarnaast voert Seba aan dat titel 7 boek 5 BW geen boetebeding toestaat.
- 4.28 Deze bepalingen komen erop neer dat Burgemeester en Wethouders aan de erfpachter bij iedere niet (behoorlijke of tijdige) nakoming van zijn verplichtingen een boete kunnen opleggen tot een maximum van twintigmaal (in de AB15 en AB34) respectievelijk tienmaal (in de AB37, AB94 en AB00) het bedrag van de canon. Op grond van art. 28 lid 3 AB94 en art. 29 lid 3 AB00 kunnen Burgemeester en Wethouders daarnaast een extra boete vorderen voor elke dag of een gedeelte daarvan dat de niet (tijdige of behoorlijke) nakoming voortduurt, welke extra dagboete ten hoogste 3% van de canon bedraagt. Een opgelegde boete kan door de Gemeente worden kwijtgescholden.
- 4.29 Het hof is van oordeel dat de onderhavige bedingen niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. In deze bepalingen is een maximum aan de eventueel op te leggen boete verbonden, de Gemeente is niet verplicht de boete ter hoogte van het daar genoemde maximum op te leggen. Van belang is voorts dat Burgemeester en Wethouders bij het opleggen van een boete gebonden zijn door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen. Of de opgelegde boete in een bepaald geval onevenredig hoog is laat zich eerst aan de hand van de omstandigheden van elk specifiek geval, zoals de ernst en de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid, beoordelen. Evenmin valt op voorhand uit te sluiten dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het niet onredelijk is een boete ter grootte van het maximum op te leggen. Ten slotte is onjuist de opvatting van Seba dat titel 7 boek 5 BW geen boetebeding toestaat. De wet staat aan er niet aan in de weg dat in de algemene erfpachtvoorwaarden een boetebeding wordt opgenomen.

Art. 20 AB94 en art. 19 AB00

4.30 Art. 20 AB94 bepaalt, kort gezegd, dat de erfpachter de Gemeente vrijwaart voor aanspraken van derden als gevolg van bodemverontreiniging door of vanwege de erfpachter en van ander handelen of nalaten van de erfpachter in verband met het perceel. Het gaat hier dus om schade aan derden die door of vanwege (handelen of nalaten van) de erfpachter is ontstaan. Het valt dan ook niet in te zien dat deze bepaling onredelijk bezwarend is en Seba onderbouwt dat ook in het geheel niet. De toelichting in de conclusie van repliek onder 253 heeft kennelijk alleen betrekking op het hierna te bespreken art. 19 AB00.

4.31 Art. 19 AB00 bepaalt dat achteruitgang van de onroerende zaak door bodemverontreiniging of een andere, niet aan de Gemeente toe te rekenen oorzaak, voor risico van de erfpachter is voor zover de bodemverontreiniging of andere oorzaak heeft plaatsgevonden na de ingangsdatum van de erfpacht. Seba voert (op zichzelf terecht) aan dat het hierbij niet alleen gaat om schade die door de erfpachter wordt toegebracht, maar ook om schade die door derden aan het eigendom van de Gemeente wordt toegebracht. Seba vindt het onredelijk dat het risico van schade toegebracht door derden volledig wordt afgewenteld op de erfpachter. De Gemeente stelt dat de bepaling alleszins redelijk is en dat het in het wettelijke aansprakelijkheidsrecht ook zo is geregeld. Bovendien zouden dergelijke regelingen zijn opgenomen in de algemeen aanvaarde modellen voor huurovereenkomsten van de Raad voor Onroerende Zaken alsmede in art. 7:218 BW.

4.32 De modellen van de Raad voor Onroerende Zaken zijn door de Gemeente niet in het geding gebracht, zodat het hof daarover niet kan oordelen. Anders dan de Gemeente voorts aanvoert bevat art. 7:218 BW niet een vergelijkbare regeling. Dit betekent echter niet dat het beding ook onredelijk bezwarend is. Een dergelijke bepaling komt niet voor op de lijsten van art. 6:236 of 6:237 BW, ook niet onder art. 6:236 onder h BW, zoals Seba lijkt aan te voeren. Voorts is het in het algemeen niet onredelijk dat de erfpachter, die ingevolge het erfpachtrecht de onroerende zaak onder zich heeft en er gebruik van maakt, er jegens de Gemeente voor instaat dat derden geen schade aan die onroerende zaak toebrengen. Veelal zal de erfpachter het immers in zijn macht hebben er zorg voor te dragen dat derden die schade niet (kunnen) toebrengen. Ook verhindert de aansprakelijkheid van de erfpachter jegens de Gemeente uiteraard niet dat hij de desbetreffende derde kan aanspreken en in vrijwaring kan oproepen. Daar komt bij dat de Gemeente ook bij de uitoefening van haar bevoegdheden onder dit artikel gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen. Aan Seba kan worden toegegeven dat zich situaties laten denken waarin het onderhavige beding onredelijk uitpakt, maar dat betekent niet dat het beding reeds op voorhand als onredelijk bezwarend moet worden vernietigd. In voorkomend geval zal de erfpachter, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een beroep op de vernietiging van deze bepaling kunnen doen.

Art. 26 AB94 en art. 26 AB00

4.33 Seba stelt zich op het standpunt dat lid 3 van art. 26 AB94/00, waarin is bepaald welke opstalvergoeding aan de erfpachter wordt uitgekeerd indien de erfpachter de erfpacht opzegt, onredelijk bezwarend is omdat de vergoeding die wordt uitgekeerd indien de Gemeente de erfpacht opzegt beduidend hoger is. De Gemeente heeft duidelijk beoogd opzeggen door de erfpachter vanwege wijziging van de algemene bepalingen uiterst onaantrekkelijk te maken, aldus Seba.

4.34 Ingevolge art. 26 lid 3 AB94/00 is, bij opzegging door de erfpachter, de erfpachter in beginsel gerechtigd tot vergoeding van de waarde van de bij het einde van de erfpacht nog aanwezige opstallen. Bij beëindiging van de erfpacht door de Gemeente wegens tekortkoming of wanbetaling, wordt een op het perceel en de opstallen te vestigen erfpacht (in het openbaar of ondershands) verkocht en de opbrengst aan de erfpachter uitgekeerd onder aftrek van het nog aan de Gemeente verschuldigde (art. 33 lid 4 AB00). Het gaat hier dus om twee geheel verschillende

situaties die in de algemene bepalingen in beginsel ook verschillend mogen worden behandeld. Niet valt in te zien dat hierdoor bij opzegging door de erfpachter de Gemeente een 'zware financiële last afwentelt op de erfpachter'. Ook ontbreekt elke aanwijzing dat de reden voor dit verschil in behandeling is dat de Gemeente opzegging door de erfpachter wegens nieuwe algemene bepalingen zo onaantrekkelijk mogelijk heeft willen maken. Daarbij is van belang dat de erfpachter er ook voor kan kiezen, zoals de Gemeente heeft gesteld, zijn erfpachtrecht te verkopen, als hij de aangezegde nieuwe Algemene Bepalingen niet aanvaardbaar acht. Het hof concludeert dat van een onredelijk bezwarend beding geen sprake is.

4.35 De slotsom uit het voorgaande is dat grief 11 niet tot vernietiging kan leiden en dat het gevorderde onder E.II onder e niet toewijsbaar is.

5.1 Nu geen van de grieven slagen zal het rechtbankvonnis worden bekrachtigd. De in hoger beroep gewijzigde vordering (B onder I subsidiair van [appellant 3] en D onder b van Seba) zal het hof afwijzen. Vordering B onder I subsidiair van [appellant 3] komt niet voor toewijzing in aanmerking omdat het gerechtshof Amsterdam de argumenten daarvoor onder 2.6.1 ongegrond heeft bevonden en en het daartegen gerichte cassatiemiddel door de Hoge Raad is verworpen. Vordering D onder b moet worden afgewezen op grond van hetgeen hiervoor is overwogen

5.2 Seba c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep, het geding na verwijzing daaronder begrepen, alsmede in de kosten van het geding in cassatie in de zaak 15/00044.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 5 juni 2013, voor zover aan zijn oordeel onderworpen;

- wijst de in hoger beroep vermeerderde vorderingen af;

- veroordeelt Seba c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, de procedure na verwijzing daaronder begrepen, tot heden aan de zijde van de Gemeente begroot op € 683,-- voor verschotten en € 5.364,-- voor salaris van de advocaat;

- veroordeelt Seba c.s. in de kosten van het geding in cassatie in de zaak 15/00044, begroot op € 858,18 voor verschotten en € 2.200,-- voor salaris van de advocaat;

- verklaart dit arrest wat betreft deze beide proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, M. Bonneur en J.C.F. Talman, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 september 2017, in aanwezigheid van de griffier.